

Andreas Eisele

DIREITO PENAL

Teoria do delito

Apresentação
Ministro Rogério Schietti

2018



Rua Mato Grosso, 164, Ed. Marfina, 1º Andar – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa e diagramação: Marcelo S. Brandão (santibrando@gmail.com)

E36d

Eisele, Andreas.

Direito penal: teoria do delito / Andreas Eisele – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
752 p.

Bibliografia.

ISBN 978-85-442-2221-8.

1. Direito Penal. 2. Teoria do Delito. I. Eisele, Andreas. II. Título.

CDD 341.5

1123230

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	29
1. Características do texto	29
2. Complexidade do referencial teórico	30
3. Dogmática jurídica	31
4. A impropriedade da reação desconstrutiva à dogmática jurídica	32
§ 1 – CONCEITO DE DIREITO PENAL	37
1. O objeto do conceito	37
2. A denominação da matéria	38
3. A concepção revolucionária liberal	39
4. A concepção marxista	41
5. A perspectiva sociológica estrutural-sistêmica	45
6. Poder de intervenção penal e “direito penal subjetivo”	48
7. Sistema penal	50
8. Fontes do Direito Penal	51
§ 2 – ÂMBITO DO CONTROLE E INTERVENÇÃO PENAL	55
1. Princípio da lesividade (referência ao bem jurídico)	56
2. Fragmentariedade e subsidiariedade	57
3. Caráter simbólico	59
a) Simbolismo positivo	60
b) Simbolismo negativo	61
4. Propostas minimalistas e abolicionistas	62
a) Direito Penal Mínimo	63
b) Abolicionismo penal	65
5. Formas diferenciadas de controle e intervenção penal	72
a) O Direito de “Intervenção” (ou de distintas “velocidades”)	73
b) O Direito Penal do “Inimigo”	75

Primeira parte**A LEI PENAL**

§ 3 – LEI E NORMA	83
1. Aspectos estático e dinâmico da norma	85
2. Classificação das normas penais	85
3. Caráter constitutivo da norma penal	87
4. Caráter protetor da norma penal (a prevenção geral e individual em referência ao bem jurídico)	90
§ 4 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	93
1. Origem histórica	93
2. O conteúdo do princípio	94
3. O aspecto garantista da reserva legal como consequência do monopólio estatal do poder punitivo	96
4. Os requisitos da lei (especificidade, certeza e anterioridade)	97
§ 5 – ANALOGIA	99
1. Analogia in bonam partem e in malam partem	100
§ 6 – INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA	103
§ 7 – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE	107
§ 8 – EFICÁCIA DO CONTEÚDO DA LEI PENAL NO TEMPO	109
1. Irretroatividade do conteúdo da lei mais restritiva (novatio legis in pejus e novatio legis incriminadora)	111
a) Crime permanente	113
b) Crime habitual	113
c) Concurso material de crimes	114
d) Continuidade delitiva	114
2. Retroatividade do conteúdo da lei mais favorável ao sujeito	116
a) Abolitio criminis	117
b) Novatio legis in melius	118
3. Combinação do conteúdo de leis	119
4. Lei temporária e lei excepcional	122
a) A relação entre a lei comum e a lei temporária ou excepcional	123
b) O complemento da lei penal em branco de conteúdo temporário ou excepcional	125

SUMÁRIO

§ 9 – EFICÁCIA DO CONTEÚDO DA LEI PENAL NO ESPAÇO	127
1. Conceito de território	128
2. Critérios orientadores da instituição de instrumentos de extraterritorialidade	128
a) Representação	129
b) Nacionalidade	131
c) Defesa	132
d) Jurisdição universal	133
3. Modalidades de extraterritorialidade	134
a) Incondicionada	134
b) Condicionada	135
I. Condições genéricas	135
II. Condições específicas	137
§ 10 – ÂMBITO PESSOAL DE EFICÁCIA DA LEI PENAL	139
1. Prerrogativas funcionais	140
a) Imunidades parlamentares	140
b) Imunidades diplomáticas	141
§ 11 – TIPO	143
1. O tipo como expressão específica da reserva legal (taxatividade)	145
2. Caráter descritivo do tipo (limites à deformação semântica, também chamada de “ficção legal”)	146
§ 12 – COMPOSIÇÃO ELEMENTAR DO TIPO	149
1. Núcleo	150
2. Elementos objetivos	151
3. Elementos subjetivos	152
4. Elementos normativos	154
5. Outros aspectos relacionados com os elementos do tipo	156
a) Os pressupostos do fato típico	156
b) A teoria dos elementos negativos do tipo	157
§ 13 – ESTRUTURA SISTEMÁTICA FORMAL DOS ELEMENTOS NO TIPO	161
1. Elementares	161
2. Qualificadoras	162
a) O tipo do delito qualificado pelo evento (ou resultado)	163

3. Circunstâncias (agravantes e atenuantes)	164
4. Causas de aumento ou diminuição de pena	167
a) As chamadas “formas privilegiadas”	168
b) O delito “qualificado e privilegiado”	169
§ 14 – ESPÉCIES DE TIPOS	171
1. Tipo básico	171
2. Tipo derivado	172
a) Tipo composto	173
b) Tipo complexo	174
c) Tipo qualificado	174
d) Tipo privilegiado	175
3. Tipo subsidiário	176
4. Tipo de conteúdo variado	177
5. Lei penal em branco	178
a) Complemento positivo e negativo	180
b) Integração homogênea e heterogênea	181
c) O dispositivo complementar e o princípio da anterioridade	182
d) Sucessão temporal de dispositivos complementares	182
e) Erro sobre o conteúdo ou existência do dispositivo complementar ...	183
f) Remissão de pena	183
6. Lei temporária e lei excepcional	184
7. Tipo aberto	185
8. Outras classificações e denominações	187
a) Tipo objetivo e subjetivo	187
b) Tipo permissivo	189
c) Tipo congruente e incongruente	189
d) Tipo anormal	190
e) Tipo conglobante	190

Segunda parte

TEORIA DO DELITO

§ 15 – CONCEITO DE DELITO	195
1. Desenvolvimento histórico do referente do conceito	195
2. O referente jurídico do conceito	197

SUMÁRIO

a) A perspectiva sociológica estrutural-sistêmica	198
b) A perspectiva sociológica inter-relacional	199
§ 16 – CONFIGURAÇÃO ANALÍTICA FORMAL DO CONCEITO DE DELITO	201
SEÇÃO I – O ILÍCITO PENAL	207
§ 17 – FATO TÍPICO	207
1. Desvalor da conduta e desvalor do evento	208
2. Direito Penal do fato e Direito Penal de “autor”	211
§ 18 – CONDUTA	215
1. O conceito de conduta humana na teoria jurídico-penal	216
a) A concepção empírica causal mecânica	217
b) A teoria fenomenológica finalista	218
c) A proposição comunicacional e o significado social	223
2. Movimentos corpóreos (ou inércias corporais) não classificáveis como conduta	227
§ 19 – TIPICIDADE	229
1. A suposta tipicidade material	233
§ 20 – A TIPICIDADE OBJETIVA	237
1. Os crimes materiais	238
a) A relação de causalidade entre a conduta comissiva e o evento	239
I. O método jurídico de aferição da relação causal	241
§ 21 – A TIPICIDADE SUBJETIVA	249
1. Dolo	250
a) Dolo direto de primeiro grau	261
I. A especial finalidade da conduta	263
b) O dolo direto de segundo grau	265
c) Dolo indireto (ou eventual)	267
I. A indiferença	268
II. O risco aleatório	270
III. Considerações gerais	272

d) O suposto “dolo alternativo”	273
e) Preterdolo ou preterintenção (delitos qualificados pelo evento)	274
f) O erro sobre elementos do tipo	278
g) O erro circunstancial	283
I. O erro sobre o objeto	284
a) O erro sobre a pessoa	284
II. O erro na execução	288
a) A implementação de um resultado (evento) distinto do pretendido (aberratio ictus)	289
b) O erro sobre o curso causal	290
§ 22 – A TIPICIDADE NORMATIVA	293
§ 23 – A NEGLIGÊNCIA E A IMPRUDÊNCIA	295
1. A excepcionalidade do delito imprudente	302
2. A denominação “culpa”	303
3. A imprudência consciente	306
4. A definição do dever de cuidado	311
a) As expectativas de comportamentos de terceiros (princípio da confiança)	319
5. A imputação típica do evento no delito imprudente	321
a) A previsibilidade de ocorrência do evento	322
b) O risco proibido e seus efeitos específicos para a imputação do evento	325
c) O âmbito de tutela da norma	332
6. Graus de imprudência	333
7. A hipótese inadequadamente denominada como um caso de imprudência (ou “culpa”) imprópria	336
8. Imprudências recíprocas	339
§ 24 – A OMISSÃO JURIDICAMENTE RELEVANTE	343
1. O dever de agir	345
2. A possibilidade de atuação	349
a) A exigibilidade da atuação	351
3. A definição da conduta devida	353
4. A imputação subjetiva da conduta	354
5. A relação jurídica entre a conduta omissiva e o evento	355
a) A denominada “omissão por comissão”	359

SUMÁRIO

§ 25 – A CLASSIFICAÇÃO DO EVENTO COMO UMA “OBRA” SOCIALMENTE INADEQUADA DO SUJEITO, VULNERADORA DO ÂMBITO ESPECÍFICO DE TUTELA DA NORMA, QUE CRIA UM RISCO PROIBIDO EM DECORRÊNCIA DO QUAL O EVENTO SE IMPLEMENTA (DECORRENTE DA APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS REUNIDOS MEDIANTE A DENOMINAÇÃO: “TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA”)	367
1. A origem do instituto	370
2. A denominação “teoria da imputação objetiva”	371
3. Propostas sistematizadoras	377
4. Critérios gerais	382
a) A inadequação social da conduta	383
b) A criação de um risco proibido	385
c) O âmbito de tutela da norma	388
d) O efeito concreto do risco na implementação do evento	394
I. O concurso de relações de causalidade	396
II. A conduta alternativa em conformidade com o Direito	402
III. Os cursos causais hipotéticos	404
5. Hipóteses inadequadamente classificadas como critérios específicos de imputação	406
a) A diminuição do risco	406
b) O princípio da confiança	408
§ 26 – O ITER CRIMINIS	411
1. A tentativa	415
a) Tentativa perfeita (acabada) e imperfeita (inacabada)	423
b) Consequências jurídicas	424
I. A tentativa inidônea (crime impossível)	425
a) Suposição da prática de um delito (delito putativo, ou imaginário)	428
§ 27 – MOMENTO DO DELITO	431
§ 28 – LOCAL DO DELITO	435
§ 29 – SUJEITO ATIVO	437
1. Autor	444
a) Autoria direta (imediate)	444
b) Autoria intelectual (indução)	445

c) Autoria mediata	446
2. Concurso de pessoas	453
a) Coautoria	454
I. Autoria paralela	457
b) Participação	459
I. Prática de delito mais grave pelo autor	463
II. Participação de menor importância	465
c) Comunicabilidade e independência das características pessoais no concurso de pessoas	467
d) Responsabilidade de autores e partícipes	469
§ 30 – A TIPICIDADE INDIRETA	471
§ 31 – O CONCURSO APARENTE DE LEIS	475
1. Especialidade	478
2. Consunção (ou absorção)	480
3. Subsidiariedade	483
4. Alternatividade	484
§ 32 – ILICITUDE (ANTI JURIDICIDADE)	487
1. A teoria dos elementos negativos do tipo	491
2. A ilicitude objetiva	493
3. A pretensa antijuridicidade material (ou concreta)	496
4. Hipóteses de exclusão de ilicitude	500
a) Legítima defesa	512
I. Diferenças entre o estado de necessidade e a legítima defesa	521
a) Estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito	522
5. Pretensas causas supralegais de exclusão de ilicitude	524
6. Consciência da situação permissiva	530
a) A conduta justificada para o finalismo e a crítica correspondente	532
7. Erro sobre a situação permissiva (descriminante putativa)	535
8. Excesso	537
SEÇÃO II – A RESPONSABILIDADE PENAL (CULPA)	541
§ 33 – CULPABILIDADE	541
1. O objeto do juízo de culpabilidade	546

SUMÁRIO

2. A reprovabilidade	550
3. A dimensionabilidade da culpabilidade	551
4. A culpabilidade do sujeito pelo fato	552
§ 34 – IMPUTABILIDADE	555
1. A idade	557
2. A capacidade de entendimento e de determinação	558
a) Doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado	559
b) Embriaguez	565
I. A embriaguez preordenada	566
II. A embriaguez intencional e a imprudente	569
III. A embriaguez decorrente de caso fortuito ou de motivo de força maior	572
3. A questão da emoção e da paixão	574
§ 35 – INTOLERABILIDADE SOCIAL	577
1. A exigibilidade da realização de uma conduta diversa	578
a) A possibilidade prática de realização de uma conduta diversa	580
b) O problema da aferição do poder de autodeterminação e a crítica determinista	581
§ 36 – HIPÓTESES DE TOLERABILIDADE DA REALIZAÇÃO DA CONDUTA	587
1. Coação	591
2. Erro sobre a ilicitude do fato	594
a) Denominação	597
b) Objeto	598
I. Normas de Direito Penal e de Direito Civil	603
II. Diferenças em relação ao erro sobre elementos do tipo	605
c) Modalidades	607
d) Consequências	610
e) A aferição do erro	614
3. Suposição de uma situação permissiva (descriminante putativa)	616
a) Consequências	618
b) Classificação	624
4. Obediência hierárquica	625
5. Estado de necessidade desculpante	628
6. Alterações emocionais agudas	630

- a) Violenta emoção provocada por ato socialmente inadequado da vítima ... 631
- b) Excitação ou euforia decorrente de influência de multidão em tumulto 636
- 7. Diminuição da capacidade de entendimento ou determinação em consequência de perturbação da saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior ... 636

SEÇÃO III – A PUNIBILIDADE (POSSIBILIDADE JURÍDICA DE INCIDÊNCIA DE PENA) 639

§ 37 – PUNIBILIDADE 639

- 1. A inadequação da concepção do direito penal subjetivo (ius puniendi) 640
- 2. Punibilidade e penalidade 642
 - a) Punibilidade abstrata e concreta 643
- 3. Classificação da punibilidade na teoria do delito 645
- 4. O fundamento da punibilidade concreta 651
- 5. O conteúdo material do delito 652
 - a) A inadequação das categorias da tipicidade material e antijuridicidade concreta 653
- 6. Dignidade penal (ou merecimento de pena) 656
- 7. Necessidade de pena 658

§ 38 – O OBJETO DO DELITO 663

- 1. Bem jurídico 665
 - a) Origem do bem jurídico 668
 - b) Funções política e operacional do bem jurídico 670
 - I. O pretenso conceito “material” de bem jurídico 673
 - c) Prevenção geral positiva 676
 - I. A polêmica sobre o objeto da norma: conformação ética ou tutela de bens jurídicos 677
 - d) Bem jurídico disponível e indisponível 678
 - e) Bem jurídico de titularidade individual, coletiva ou difusa 679
 - f) Formas de afetação do bem jurídico (dano e perigo) 680
- 2. Objeto material 684
- 3. Relação entre o evento típico e a afetação do bem jurídico 685

§ 39 – SUJEITO PASSIVO 689

- 1. A inadequada classificação do Estado como sujeito passivo formal do delito 690

SUMÁRIO

§ 40 – A DINÂMICA DA PUNIBILIDADE CONCRETA	695
1. Relevância social da afetação do bem jurídico	695
a) Insignificância	697
I. A classificação jurídica dos efeitos da insignificância	697
II. O juízo de classificação do fato como insignificante	700
b) Tentativa inidônea (crime impossível)	702
c) Desistência voluntária anterior à afetação do bem jurídico	702
I. A classificação jurídica dos efeitos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz	703
a) A denominação das hipóteses	707
b) O critério distintivo	708
c) A natureza jurídica da não punibilidade da tentativa	710
d) O fundamento da não punibilidade da tentativa nos casos de desistência voluntária e arrependimento eficaz posteriores à afetação do bem jurídico	715
2. Causas de não punibilidade (inadequadamente denominadas como “escusas absolutórias”)	717
BIBLIOGRAFIA	721